

責任、贖罪および再社会化(三)

鈴木 晃

目次

- 一 問題の所在と本稿の目的
- 二 定義
 - (一) 責任(以上第三号)
 - (二) 贖罪
 - (三) 再社会化(以上第四号)
- 三 責任概念の歴史の変遷
 - (一) 啓蒙主義時代
 - (二) 学派の争い
 - (三) メツガーとボツケルマン
 - (四) 日本における展開
 - (五) 小括(以上本号)

- 四 「責任主義」の諸相
- 五 「責任主義」の機能的分析
- 六 責任—贖罪と再社会化行刑
- 七 「責任主義」の限界
- 八 おわりに

三 責任概念の歴史の変遷

責任概念の歴史的展開過程を論ずる場合、「責任」そのものの変遷をたどることももちろん必要ではあるが、さらに、刑法自体のとらえ方、つまり、犯罪と刑罰についての考え方の変遷をたどることも重要である。¹⁾ ただし、ここでは通史的なアプローチではなく、問題史的なアプローチをとることにする。本稿の主題は、刑法と刑事政策との架橋を責任論で実現しようとする立場の正当性・妥当性を問うことであり、そのような問題意識から、責任概念の歴史の変遷をたどることになる。²⁾

もちろん、たとえば牧野博士のように、刑法の変遷を一復讐時代、二威嚇時代、三博愛時代、四科学時代という四大時期に区別し、その「進化」を説くアプローチ³⁾、すなわち、通史的アプローチも、中山教授が指摘されるように、「日本社会における犯罪と刑罰の現実の機能、国家の性格と役割についての批判的アプローチ」⁴⁾が確保されれば、有益な結論が得られるであろうが、本稿では、さしあたり、そのようなアプローチの必要性はないとおもわれる。したがって、ここではまず刑法にとり中世が終り近代の刑法の歴史が始まった啓蒙主義時代⁵⁾から概観していくことにしよう。

〔注〕

- (1) 内藤謙「刑事責任」芦部信喜他編『基本法学5——責任』（一九八四年）二九七頁参照。
- (2) この点で、責任と危険性ないし責任と人格の問題が好個の材料となろう。
- (3) 牧野英一『増訂日本刑法全』（一九二四年）三四—四五頁。
- (4) 中山研一『刑法の基本思想』（一九七九年）五頁。もしこのようなアフローチが欠けるならば、現状肯定論（同五頁）ないしは安易な歴史法則に基づく予測理論に墮してしまふであろう。後者のような「歴史主義」に対する批判として、ホハー、久野・市井訳『歴史主義の貧困』（一九六二年）参照。
- (5) 不破武夫『刑事法上の諸問題』（一九五〇年）九二頁、莊子邦雄『近代刑法思想史序説』（一九八三年）七〇頁。

(一) 啓蒙主義時代

一八世紀後半になつて啓蒙思想が人間生活を支配するまでは、刑事法制度もまたアンシヤン・レジームの影響下にあり、その特徴としては、法と道徳・宗教との不可分の結合、身分による処罰の不平等性、罪刑専断主義、刑罰の苛酷性があげられるのが通常である。そして、これらの特徴の基礎に存在していたものは、王権神受説であり、犯人に対して贖罪応報刑が科されるのはまさに神の委託と授權によるものとされ、また、このような支配形態においては、身分の上下による差別的取扱いが予定され、その秩序を維持するために一般威嚇が重視されたのである。これに対して、啓蒙思想が発生すると、宗教・王権の権威からの個人の解放が叫ばれた。当時の自然科学の勃興は、その方法論を社会や国家といった現象にまで適用することになり、社会・国家の本質的構成要素を個人の本質にみることになつたのである。啓蒙主義刑法思想は、このような思想の上に築かれたのであつた。刑罰権の根拠と限界を社会契約説に求め、個人の自由と平等が最重要視されるとともに、法と倫理・宗教との峻別がなされ、結局、刑法は右のような個

人の権利保障に奉仕するものととらえられることになったのである。そして、ここでは、罪刑法定主義、罪刑均衡主義が主張されたが、刑罰は目的論的に構成された。それは啓蒙思想がすべての権威・伝統を合理的理性によって検討し、功利的目的論的観点からその存在理由を探求したという点からすれば当然といえよう。²⁾

啓蒙主義刑法思想の代表的論者としては、まずベッカーがあげられる。その不朽の名著『犯罪と形罰』（一七六四年）は、「ジャン・カラール事件」として有名な誤判事件を直接の契機として、当時の刑事司法状態に人道的な義憤を感じて出版されたものである。それによれば、まず、法律の唯一最高の目的を「最大多数の最大幸福」に求める³⁾。そして刑罰権の基礎を社会契約説によって次のように説明する。「拘束されず孤立していた人間が、たがいに結合しあつたその条件が法律を作つた。たえまない戦いの状態に疲れ、保持して行くことが不確実になつたむなし自由の享受に疲れた人間は、じぶんの自由の一部分をさし出して残つた自由を確保することを考えたのである。この各人の自由の分け前の総和が一国の主権をかたちづくる。そして主権者とは、とりもなおさず、合法的にこれらの自由の供託を受け、その管理をおおせつかつた者にほかならない。」「社会をふたたびその者の混乱状態におとし入れようとする……専制主義的な精神をおさえつけるに十分な力強さを持ち、感性にじかに作用する契機が、ここに必要になつてくる。この契機がすなわち、法の背反者に対してもうけられた刑罰であつた。⁴⁾」このような視点からいえば、ベッカーリアにおいて特に刑事責任が意識されていたわけではないが、刑事責任の根拠と限界は、自由で平等な個人の合意に求められることになる。⁶⁾さらに、罪刑法定主義を宣言して次のように述べる。「法律だけがおのおのの犯罪に対する刑罰を規定することができる。」そして、その権限は立法者だけに属し、裁判官は法律に規定されていない刑罰を科すことはできない。⁷⁾また、犯罪と刑罰はつりあつていなければならぬとして罪刑均衡主義を説明する中で、ベッカーリアは、「われわれをつねに安楽な生活の方へ引き寄せるこの目に見えない力」をおし止めるものは、「これに

對抗する障がい物以外にない。」として、政治制度としてのそのような障がい物こそが刑罰である、とする。⁸ここから、「ベッカリアの罪刑均衡論の基礎には心理強制説的な見解が存する」⁹とする評価がでてくるのも当然といえよう。最後に、啓蒙思想を反映して、刑罰目的は功利的にこれを考えるべきであるとしている。「刑罰の目的は、感覺的存在である人間をさいなみ苦しめることなく、すでに犯された犯罪を犯されなかったことにすることでもない。」¹⁰「犯人が以後社会に侵害を与えないこと、又犯人の周囲の者を罪の道から遠ざけること——これだけを目ざしているにすぎない。」¹⁰ここでは、特別予防と一般予防とが説かれているわけであるが、前者はむしろ刑罰の確実性の意味にとらえられるべきであるとされている。¹¹

啓蒙主義刑法理論を論理的体系的に完成させた論者はいうまでもなくフォイエルバッハであった。フォイエルバッハについては、すでに別稿において検討してあるので、¹² 詳論は避けるが、その基本的な枠組としては、社会契約説を出発点とした法と道徳との峻別、権利侵害説、および心理強制説を基礎とした一般予防論があげられよう。彼は、刑事責任の基礎としては客観主義的な理解を示したのであるが、行為者の危険性をも考慮に入れていたものとおもわれる。ただ、彼の基本的な視座が、個人の尊厳を当時の絶対主義権力から守ろうとするところにあった点は原則的に確認されねばならないであろう。

この時代における刑事責任論の特徴と限界とについては、次の内藤教授の論述が重要とおもわれるので、少し長いが引用しておく。

「……その刑事責任論は、法律で定められた一定の客観的な権利侵害行為（社会損害行為）について、それが自由かつ平等な個人の自発性の意識による自己決定に基づくときは、個人は刑事責任を負うという考え方を基本にしていた。その思考は、合理的予測能力をもつ平等で同質的な個人の予測可能性による合理的計算・選択に基づいた

自由な活動を保障すれば、予定調和（＝最大多数の最大幸福）が実現されるということを前提とした初期資本主義社会の構造を反映するものであったといえよう。

たしかに、右の刑事責任論とその社会的基盤とが前提とした自由も平等も形式的なものであり、個人も孤立した抽象的個人であったことは否定できないであろう。そして、初期資本主義社会の……前提が動揺・崩壊するとき、前期古典学派の刑事責任論をそのままに維持することは困難になる。しかし、その刑事責任論が絶対主義権力に對決して近代刑法を生みだすための理論として、歴史的にきわめて重要な役割りを果たしたことは確認しなければならぬし、また刑法は国家権力から個人の尊厳によつて基礎づけられる権利と自由（その意味での『人權』）を確保する人權保障機能をもつべきものであるとする視角から刑事責任の根拠と限界を考えようとする基本思想自体は、時代の制約を超える意義をもっている。¹³（傍点——引用者）

このような評価には、現在の問題状況下においても再認識しなければならぬ事柄が含まれているといえよう。「国家」というものの性格・機能が当時とくらべてどれほどの「進化」をしているかが基本的に問われなければならないであろう。

〔注〕

(1) この贈罪応報刑と一般威嚇のうち、最初は前者が重視されたが、後に啓蒙思想があらわれるにつれ重点が後者に移つていった佐伯千復『四訂刑法講義（総論）』（一九八一年）五三頁、中義勝『刑法における人間』（一九八四年）……頁）。

(2) 以上の論述は、佐伯、同右五二―五七頁によつた。

(3) 不破、前掲書九七―九九頁。

(4) ベッカーリア、風早八十二・風早・葉訳『犯罪と刑罰』岩波文庫（一九五九年）一九二―二〇頁。

- (5) 同右二五頁。
- (6) 内藤、前掲二九九頁。
- (7) ベツカリニア、前掲書二八頁。
- (8) 同右二二二―二二五頁。
- (9) 中、前掲書七九―八〇頁。
- (10) ベツカリニア、前掲書八五頁。
- (11) 中、前掲書七九頁。
- (12) 拙稿「責任と人格——初期メツガーの性格論的責任論を中心として——」中京大学大学院生法学研究論集創刊号五五―五七頁。
以下の論述も右論稿による。
- (13) 内藤、前掲三〇頁。

(一) 学派の争い

一九世紀末から二〇世紀初めにかけて、リストとベルクマイヤーとの論争を中核として「刑法学派の争い」が展開された。これは、責任論においては、旧派の行為責任論、道義的責任論に対して、新派の性格責任論、社会的責任論が主張されるという形で争われた。単純化して述べれば、旧派の責任論は非決定論を基礎として、現実の個々の行為に対して行為者はその行為を避けることができたにもかかわらず違法行為をなしたということに対する道義的非難可能性としてとらえられる。これに対して、新派の責任論は決定論を基礎として、責任の根拠を犯罪者の性格の危険性にもとめ、それに対する社会防衛の立場を明確にしたものといえる。新派刑法学においては、「責任」概念が従来の用語例から著しく離れているので、これを「責任」と呼ぶには問題がある。したがって、新派と旧派との責任論における対立は、さらに単純化して言えば、「責任」と危険性との対立としてとらえられる。この対立関係が現代刑事責

任論においては、「責任」自体の枠組の中で問題とされるわけである。²⁾

この学派の争いを歴史的にとらえると、次のような説明が可能とおもわれる。つまり、産業革命により資本の集中・独占化が進むと、中産階級の解体・都市への流入が生じ、それと同時に社会政策の貧困から大量の失業者が生まれ、犯罪者が増加したのであるが、その犯罪者には累犯・常習犯が非常に多いという現象があった。このような状況下で前期旧派は新派の方法論的批判を受けたのである。つまり新派は刑法を刑事政策によって置き換えようとするともに、社会防衛を第一次的に考えたのである。そこでは「社会」は容易に「国家」に転化しうるわけであり、ここに新派が国家主義化・権威主義化する契機があった。しかし、この点では後期旧派も同じことが言えるわけであり、究極的には社会防衛を肯定するとともに、たとえば責任論では道義的責任論をとり、国家的道義を強調する結果、新派とはちがった意味で、国家主義化・権威主義化することになったのである。いずれにせよ、両派の理論は、独占資本主義段階に達した資本主義の下で、国家目的に奉仕しやすい理論構成となったのである。³⁾しかしながら、この点での一致にもかかわらず、両派の論者の間では激しい論争がくりひろげられたのである。

ところで、一九世紀後半、新派の台頭とともに、決定論が有力に主張される中で、決定論をとりつつも応報刑論を展開した論者にメルケルがいた。⁴⁾メルケルは次のように述べる。帰責と責任の前提は、行為と性格とが偶然的関係にあるのではなく、むしろ、行為者がその所為に自己を再認識するように、性格が行為の中に示されること、そしてまた逆に、行為が、因果的説明の見い出される性格に由来すること、である。なぜならば、そうである場合だけ、所為の消極的ないし積極的価値と人格が結び付き、人格に責任を負わせ、そしてその所為の価値を我々が人格に行う処遇の基準にすることが、合理的意味をもつからである。⁵⁾そこにおいて自由とは自己の法に従って行動することであり、人は自己の特質に従い、またそれに一致して力を発揮するとき自由と感ずるのである。⁶⁾メルケルは行為責任の立場を

とるのであるが、右の論述よりみるならば、その行為とは結局行為者の性格の必然的な産物であり、それゆえに行爲者は自己の行爲について非難されることになる。⁽⁷⁾ このことについて彼は、ソクラテスの例をあげる。つまり、ソクラテスが死を選んだことを我々が賞賛するのは、彼が利己的に、また卑怯にふるまうことができたのにもかかわらず、そのようにしなかつたという理由からではなく、芸術作品がわれわれの美感を満足させるのと同じく、その態度がわれわれの道徳感に満足を与えるからである、と。メルケルは責任の場合もこれと同様であるとしたのである。これに対し、中山教授は、「それはただ、より典型的に原因者への帰属が可能であるということであらわすにすぎず、倫理的非難の根拠とはなり得ない。」とし、「性格責任（危険性）の結論こそ生じても、行為責任の原則および応報刑は論理的に出て来ないと思われる。」⁽⁹⁾と批判されているが、たしかにメルケルにあって何故性格に対する倫理的な非難が可能なのかという問題は不問に付されたといつてよいであろう。このように、メルケルによる決定論と応報刑論との調和の試みは、責任と危険性との間の矛盾の前に挫折せざるを得なかつたわけであるが、こうしたメルケルの困難性が、現代における人格責任論の困難性にあてはまるといふ意味で、彼の理論には意義深いものがあるといえる。本稿の問題意識からは、この問題に対する解決がどのようなようになされてきているかが重要とおもわれる。そこで、責任と危険性を念頭におきつつ、人格責任論についてその展開過程をみることにする。

〔注〕

(1) 学派の争いに関する総合的研究としては、大塚仁『刑法における新・旧両派の理論』（一九五七年）参照。旧派には前期旧派と後期旧派とがあるが（平野龍一『刑法』総論Ⅰ（一九七二年）一〇一―一〇二頁）、ここでいう旧派はもちろん後期旧派をさす。

(2) その一つの試みが人格責任論である。

(3) 拙稿、前掲五二―五五頁。

(4) 中山教授は、「メルケルの理論は、当然つぎの帝国主義時代の理論として、すなわち正確には、帝国主義時代における決定論的

見解の一典型として歴史的に定着されるべきものと思われる。そして……メルケルが従来の古典派の責任の根拠づけ、ことに意思自由論に疑問を抱いて決定論的立場に立ったのは、ヘーゲル哲学の衰退と六〇年代から勃興した自然科学的方法論の影響として看取し得るのではないかと思われる。」とされる(中山研一『増補ソビエト刑法』(一九七一年)五〇頁)。

(5) A.Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912, S.89. 参照、瀧川幸辰『決定論的応報刑の一典型』法学論叢五巻、号四五―四六頁、中、前掲書二二七―二八頁。

(6) Merkel, aa.O., S.97f.

(7) 大谷実『人格責任論の研究』(一九七一年)四七―四八頁。

(8) Merkel, aa.O., S.92f.

(9) 中山、前掲書五二頁。

(10) リストもまたメルケルを批判する。すなわち、決定論をとる以上、伝統的な責任概念は認められない。ところがメルケルは決定論をとりつつ「責任」を論ずるが、これは言葉の遊び以外の何物でもない。決定論では、刑罰は、法律秩序維持のためだけに存在するのであり、目的刑以外の刑罰は認められない。Liszt, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, ZStW, XIII, S.345―9.

(二) メツガーとポツケルマン

まず、メツガーについてであるが、彼は初期においては、教科書(一九三一年)で「性格論的責任論」を主張していた。その詳細については別稿で論じてあるので、ここではその基本的枠組だけを示すことにする。「責任は、行為者に対する違法行為の人格的非難可能性を基礎とする刑罰前提の総体」であり、「したがって、行為は行為者の人格の法的に非難される表現である。」²⁾また、刑事責任は倫理的意味ではなく法的意味においてとらえられるべきである。³⁾そして、その意味における刑事責任はまず個別行為責任である。⁴⁾ところで、行為はその惹起者の人格に「相当する」(adäquat)ものでなければならぬし、行為者の人格自体は、帰責のために適していなければならない。つまり、人

格もまたそれ自体社会的要求に「相当する」ものでなければならぬ⁽⁵⁾。結局、メツガーにおいては、単純化して言えば、行為が人格相当であればそれだけ責任が重いということになる。

このようにメツガーは彼の行状責任論を展開する以前において、すでに性格論的責任論を完成させていたのであるが、一九三三年一月二四日の常習犯規定の改正を契機として行状責任論を提唱するにいたつた。まず、メツガーは次のように述べる。常習犯規定が改正された以上すでに古典的な行為—責任—刑という立場にとどまることはできない。我々はむしろ刑罰は行為者の本質と関係するのであり、個別行為と関係しないという思想を承認する。二〇条 a は、まさにこのような方向を示すものであり、行為者の刑事責任が単に個別—責任に尽きるのではなく、その者を墮落させたその者の全行状責任でもあることを表明するものである⁽⁷⁾。こうしてメツガーは行状責任論を展開していく。彼は、「性格論的責任観における性格論的人格要素のうち、行為者が何とかなしえたといわれうる事情」を考察し、「人間の現存在」には二つの要素のあることを確認している。すなわち、それは、「行為者が有責に形成した要素」と「行為者がいかんともなしがたい要素」との二つである。そして、「前者については責任非難を向けることができるが、後者は、いわば資質であり、これに責任非難を向けることは、資質責任 (Dispositionsschuld) を認めることになるから、断然、否定されなければならない。」として、有責に形成した要素についての行状責任を認めている。さらにメツガーは、「何とかなしえた」場合を二つに分け、「有責に形成する場合」と「彼の日ごろの行状 (Lebensführung) から、ずるずると生成する (aus der Art schlagen) 場合」とがあるとし、「どちらにしても、「行為者において現在の人格に到達する過程に自己を制御しうる (fertig werden kann)」場合には行状責任がある」としている⁽⁸⁾。このようなメツガーの主張は、一般的に素朴なものであるとされるが、それは、メツガー自身が述べているように、「余りに急進的な学理主義によって避けえない実務上の要求を無視することのないように注意すべき」こと⁽¹⁰⁾

が重視されたからであろう。⁽¹¹⁾ それでは、このような行状責任論の問題はいかなるものであろうか。まず、メツガーは、一九三三年の常習犯規定の改正を契機として行状責任論を展開するにいたったわけであるが、それならば、メツガーは従来個別的行為責任でとらえていたものまでも行状責任論で把握しようとしたのであろうか。決してそうではなかったはずである。つまり、従来個別的行為責任論でとらえていたものはそのままに、改正条項に限って行状責任論で把握しようとしたとも考えられるのである。それでは、個別行為責任と行状責任とはどのような関係にあるのであろうか。これが第一の問題である。この点についてメツガーは明確な見解を述べているわけではないが、責任は行為責任であるとともに行状責任でもあると述べているところから、彼は責任を一元的に理解していたとおもわれる。しかしそれは「単に資質責任ないしは素質責任を否定するという意味で一元的とされているにとまる。」⁽¹²⁾ ものであろう。次に問題となるのは、行状責任論における「行状」とは一体何を意味するのか、また、それと資質責任における「資質」とどのような関係にあるのか、ということである。この点について、メツガーは、すでに述べたように、「いかんともなしがたい」か、「何とかなしえた」かによって区別し、後者について非難が可能であるとしているのであるが、そのような区別自体極めて不明確であるといわざるをえない。ちなみに、メツガーは、行状責任論においても相当説を主張するのであるが、ここでは、行為の人格相当性のみが言われているにすぎないから、危険な常習犯人に対しては、性格論的責任論とは異なり、直接にその者の危険性が問題となることになるのである。⁽¹⁴⁾ 第三に問題となるのは、行状責任と刑罰との関係について、メツガーが、第一の問題点のところ述べたように、責任を一元的に理解していたにもかかわらず、刑罰は贖罪としての意味の他に保安の意味をもあわせもつとしていることである。これは後にポツケルマンが批判するように、メツガーの厳格な二元主義に矛盾するし、なによりも、行状責任ということをもちだして行状にも責任が及ぶことを明言している以上、そのように刑罰を多元的に理解する必要があるのか、はなはだ疑

間に感じられる。そこで、メツガーの行状責任論をどのように評価するかであるが、私見によれば、行状責任論は、ポツケルマンの指摘するように、確かに、行為者刑を法的に正当化しえた面において価値あるものといえようが、¹⁵他面において、それが積極的に「刑事責任論」を構築しようとする意図の下に主張されたものかどうかが疑われてならないのである。つまり、それは、実務への対応という意味において極めて弾力的に主張された一つの「政策的責任論」ではなかったか、ということである。時あたかもナチス政権全盛の時代であり、メツガーにあっても、当時の民族社会主義思想への適合を余儀なくせられたことは十分考えられるし、また、すでに引用されるべきメツガーの重要な発言、「余りに急進的な学理主義によって避けえない実務上の要求を無視することのないように注意すべきことはいうまでもない」¹⁶は、そのことを裏付けるものといえよう。

メツガーの行状責任論を積極的に評価しつつ¹⁷それを批判する形で発展させていった論者がポツケルマンである。彼はまず次の点においてメツガーを批判している。¹⁸第一は、メツガーの多元的刑罰概念に対するものであった。メツガーは、二〇条 a や五一一条二項において、刑罰は保安機能を担わなければならないと考えたのであるが、ポツケルマンは、そのような必要性は認めがたいとし、また彼の二元主義とも矛盾する、としている。¹⁹第二は、行状責任論が資質責任に陥るのではないかということであった。つまり、たしかに行状責任論は、行為者自身の自業自得的に形成された素質と、そうでないものとを区別し、前者について非難が可能である旨を述べるのであるが、そう解したとしても「無価値判断を受けるに値しない無数の行為と行動様式にまで非難が拡張されることにな」²⁰ってしまし、また人格的特質というものは、行状責任論の主張するような有責な行状というもののみで論じ尽くせるものではなく、行状を基準とした右のような区別は不可能であるというのである。さらに、第三には、行状責任論が自然主義から離別していないことを批判している。つまり、責任は自由を前提とするのであるが、行状責任論が責任を追究したのは、自

由の問題とならない自然的世界であつたのであり、ボツケルマンの批判はそこに向けられたのであつた。⁽²¹⁾

このようなメツガー批判から、ボツケルマンは彼の生活決定責任論を提唱するわけであるが、まず、メツガーが自然主義から離別していないとする批判の中から、ボツケルマンは、人格形成上の自由について擬制論を展開する。彼はコールラウシュの影響のもとに、コールラウシュが、「犯罪の防止という国家的必要性から、個別的・具体的な行為者における他行為への自由・可能性を擬制」⁽²²⁾したものを行為者責任にまで拡張するのである。そのように自由を行為者責任にまで拡張することの論拠として、彼は、「法律がそのような擬制の拡張を国家必然的なものとして、あるいは、当時の政治的な基本的観点と一致するものとして、肯定している」とし、さらに、「他行為の可能性の擬制と一致するかぎり他存在の可能性の擬制も社会学的な経験によって確証され、一般的な意識に相應することになる」と述べる。ボツケルマンによれば、このような二つの基礎をふまえたうえでの「擬制の必然性のうちに共同体生活の正当づけが存し、さらにその上に責任判断の可能性がある」⁽²⁴⁾ことになる。⁽²⁵⁾ それでは、ボツケルマンはこのような擬制論を通して行為者責任をどのように理論構成したのであるか。ボツケルマンは、次のように述べている。「行為者が自ら行為者になる者であるとするならば、行為者の人格は分裂するものとして (als zweispaltig) 考えられることが前提となる」⁽²⁶⁾として、「分裂するものは、二つの精神によって支配されるものであり、その抗争のうち、正しいものを決定することが行為者の責任なのである」⁽²⁷⁾とする。そして、その二つの精神を説明して次のように続ける。「そこには、犯罪に向かう傾向としての素質があり、また一方、善への素質もある。そこにおける法の要求は、敵意ある精神のもう一方を彼の内心の主人とすることであり、正しい素質に従うことである」⁽²⁸⁾と。そして、「彼がその要求に従わずに、岐路に立ったとき、誤った道を選び、悪い自我に勝利を得させ、不可解な悪魔に従うことである」⁽²⁹⁾とする。また、「この屈服 (Nachgeben) や、回避 (Ausweichen) や、脱線 (Abgelen) が行為であり、そこに

において行為者は、単に悪いことをなすばかりでなく、それを通して悪いものになったのである。これが情操墮落であり、³⁰これをもって彼は『行為者』になるのである。』として、情操墮落を説明する。ポツケルマンは、以上のことが全く行為責任の成立と同様の過程、つまり誘惑に対する屈服を意味しているとする。しかし、行為責任において、行為者は、回心と「二度とやらない (nicht wieder)」という慰めの感情をもつが、行為者責任においては、例えばリチャード三世の「余は悪人たらんと決心した」という意図があり、それが行為者責任を基礎付けるとしている。³¹また、情操墮落が瞬時におこりうることを論じて次のように述べる。「それ (情操墮落——引用者) は、だんだん成熟するし、くりかえしの個々の行為において試されるのである。これが生じる行為者は、徐々にすすむ墮落の状況を示す。しかし、それは、一つの急な墮落において急に生じることもあるし、それによって犯罪者は、瞬時に正しい道を別の方向へとはずれていくのである。³²」と。そして、この「悪への方向転換 (Wendung zum Bösen)」こそが彼に贖罪を要求するのであり、それが「行為者応報 (Tätervergeltung)」の対象であり、行為者責任の本質は、誤った行状にあるのではなく、誤った生活決定 (Lebensentscheidung) にある、³³としている。以上、ポツケルマンの見解を述べたわけであるが、その特色としていえることは、第一に、行状責任論が、「有責に形成された素質 (人格)」ということを言うのに対し、ポツケルマンが「悪への方向転換」や「誤った生活決定」を問題にしていることであり、第二に、行為者責任が、行為責任と同じ構造をもつものとしてとらえられていることである。

それでは、このようなポツケルマンの生活決定責任論に対し、どのような批判が可能であろうか。まず、ポツケルマンが例をあげて述べているような、悪人になろうとする決心などというようなものがあるかどうかの問題である。ポツケルマンは、このような批判を予期し、次のように答えている。「行為責任では、非難の正当化は、行為者が何をなすのか、および何をなしてはならないか、ということを知っていれば十分であるように、行為者責任では、彼が

何になるか、また、人間はそう生きてはならないということを知っていれば十分である。」³⁴と。しかしながら、このようなポツケルマンの答えは問題であろう。彼が、リチャード三世の例で述べた「意図 (Plan)」とは、はたしてそのように不明確なものであつたのであろうか。「悪への方向転換」や「誤つた生活決定」というものが、そのように稀薄化された「意図」で、十分成立しうるかどうか疑問である。次に批判されるのは、ポツケルマンの行為者責任論の前提となつている擬制論に関する点である。すなわち、擬制論によれば、生来的でも有責に獲得されたでもない人格をもつもの、たとえば、「衝動的・病的な人格を有する者、あるいは限定責任能力者に対しても」³⁵この擬制が適用されて、他者存在の可能性が肯定されることになるが、これは、ポツケルマン自身が述べている擬制論の根拠付けの一つである一般法意識に一致するものであるかどうか、ということである。この点についても彼は答えを用意している。つまり、そういった批判は、行為者責任に対する誤まりの指摘ではなく、その限界についての指摘である。そして、「『生物学的に制限された素質の小さな束』である『単なる個人』に対しては、責任非難はなされない。」しかし、そこから行為者責任は誤りにとらえるのではなく、その限度が責任無能力に見い出されるということである。この限度は、他行為の可能性の擬制と同様、他存在可能性にも適用される。「国家の命令は、はじめから、その命令ははたしうることを期待される人間のグループに向けられている。それは、成熟と精神的健康によって特徴付けられる。その人為的前提を満たさない者は、それによつて、彼が他の行為をなしたり、他の者であつたりすることは、第一には求められない。彼には行為責任能力も行為者責任能力もない。」³⁶として、そのような「人為的前提を満たさない者」には、保安処分が科されることになるが、限定責任能力者については、彼は特別の考察をしている。つまり、「限定責任能力者の場合、その人格の性質から非難を加えることは許されないが、責任を個々の行為に負わずことは許される。その場合、行為者責任は問題にならないが、一つの、そして必然的に減少した行為責任は残るので

ある⁽³⁷⁾」と。このような説明によって、見問題は解決されたようにもおもえるが、しかし、ボツケルマンが、責任能力者について、「その生来的素質と個々の行動の全てを支配し統御できるはず⁽³⁸⁾」であると擬制したとき、「それはもはや責任観念の理論的基礎づけの抛棄に転化してしまっている⁽³⁹⁾」といえる。

ここでボツケルマンを評価するならば、次のようになる。つまり、「素朴」な形で提唱されたメツガーの行状責任論を、さらに理論的に整備する目的で展開されたボツケルマンの行為者責任論（生活決定責任論）もまた、ある意味では「素朴」なものであった、と。それは、彼が行為責任の構造を単純に行為者責任の構造を説明するために援用しているということである。「余は悪人たらんと決心した」というリチャード三世の言葉を引用しているところなどは、まさにそのことを物語るものといえよう。しかし、そういった素朴な面を有する一方では、彼が人格責任論の発展に貢献したということも否めない事実である。大谷教授は、それを、ボツケルマンが、「犯罪行為の行為者責任における意味を、『構成的意義』として特徴づけた⁽⁴⁰⁾」点に求められているが、人格責任論の採否はともかくとして、私も同意見である。何故なら、それが人格責任論の行為主義重視へと導かれていくからである⁽⁴¹⁾。

〔注〕

- (1) 拙稿、前掲六〇一六九頁。
- (2) Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, I Aufl., 1931, S.247-248.
- (3) Mezger, aa.O., S.251.
- (4) Mezger, aa.O., S.254.
- (5) Mezger, aa.O., S.275.
- (6) すなわち、危険な常習的犯罪人には刑を加重すること（二〇条a）、その場合公の安全が必要とするときは、刑に併せて保安監置

を科す(四二条e)、限定責任能力者については、その刑を減輕すること(五一一条II)などである(最高裁判所事務総局刑事局『ドイツ刑法』刑事裁判資料第九〇号)。

- (7) Mezer, Die Strafrecht als Ganzes, ZStW 57(1938), S.688.
- (8) このメツガーの論述は、大谷、前掲書一二九頁によつた。Vgl. Mezer, Deutsches Strafrecht, Ein Grundriss, S.72. なお、団藤重光「人格責任の理論」法哲学四季報一〇七頁、日沖憲郎「行為者責任」刑政五六卷三三九七頁七頁参照。
- (9) 大谷、同右一二二頁、川崎一夫「メツガーの行状責任論」創備法学二卷一七九頁。
- (10) Mezer, a.a.O. (Ann.7), S.688.
- (11) しかし、このような見解は、責任理論のみならず、刑法理論そのものの放棄につながるという意味で首肯できない。
- (12) Mezer, Deutsches Strafrecht, Ein Grundriss, 1938, S.72.
- (13) 川崎、前掲七六頁。
- (14) 川崎、同右七六一七七頁。
- (15) 大谷、前掲一三四頁。
- (16) Mezer, a.a.O. (Ann.7), S.688.
- (17) その理由を次のことに求めている。つまり、「①行為者責任と行為者応報の觀念をはじめ法的に可能なものとして論証した」と、「②行為者主義の原理と責任原理を不可分のものとしたこと」、「③贖罪刑が行為者そのものに妥当しうるとしたこと」である(大谷、前掲書一三四頁)。
- (18) 以下の論述は、Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, 2 Teil, 1940, S.130f. 135-7. に於て。
- (19) なお、多元的刑罰概念は、「責任なければ刑罰なし」の責任原理にも反することになる(大谷、前掲書一三五頁)。
- (20) 川崎一夫「ボツケルマンの行為者責任論」創備法学二卷一・三三六頁。
- (21) 川崎、同右一七一七八頁。
- (22) 大谷、前掲書一五〇頁。
- (23) 川崎、前掲(注20)九頁。Vgl. Bockelmann, a.a.O., S.150.
- (24) 日沖、前掲一五頁。

(25) このような擬制論は、次のような論述によつて明確になるであろう。つまり、「わたしは現在の自分以外になりようがなかった」という弁解に対して、国家は、『汝はかく在るべきであるがゆえに現在の汝と違つた者になることが可能である』という解答が向けられる。(大谷、前掲書一五〇頁) ことが、ポツケルマンの擬制論の帰結であつたのである。

(26) Bockelmann, a.a.O., S.152-153.

(27) — (28) Bockelmann, a.a.O., S.153.

(34) Bockelmann, a.a.O., S.154.

(35) 大谷、前掲書一五五頁。

(36) Bockelmann, a.a.O., S.158-159.

(37) Bockelmann, a.a.O., S.159.

(38) 佐伯千俣『刑法に於ける期待可能性の思想』(一九四七年)五八七頁。

(39) 佐伯、同右五八八頁。このことから、博士は、メツガーの方が責任理念に忠実な態度である、とされている(同五八八頁)。

(40) 大谷、前掲書一六六頁。

(41) 戦後、ポツケルマンは、メツガーとともに行為主義を強調し、人格責任論をあまり強く主張しなくなつて注目に注意すべきである。この点については、大谷、前掲書二三四—二五〇頁、下村康正「ポツケルマンの行為者刑法理論とドイツ刑法改正」岡藤

重光他編『木村博士還暦祝賀、刑事法学の基本問題(上)』(一九五八年)九三頁以下、井戸田侃「行為者刑法の新刑法典への影響」(P.ポツケルマン)佐伯千俣編『ドイツにおける刑法改正論』(一九六二年)二五頁以下参照。

(四) 日本における展開

責任概念にどのような予防的考慮をどのようどの程度含ませるかという、現代刑事責任論の課題は、旧派と新派との止揚・調和という形で主張されてきた人格責任論の中にもこれを見ることが出来る。実質的責任概念の提唱も、これと軌を一にするものといつてよいであろう。そこで、ここでは、わが国において人格責任論がどのように主張さ

れたかを、若干の論者にみることにする。

まず小野博士をとりあげるが、それは、博士が道義的責任論をとりつつも、人格責任論の萌芽とみられるものをその主張の中に含んでいるからである。博士は道義的責任論について次のように説明される。「刑事責任とは、犯罪を原由（根拠）として犯人に刑罰を科するものである。それは、刑罰法規によって法律的に規定された法律的責任であるが、その責任の核心は道義的なものである。刑法は道義的責任にもとづいて帰責する。」「違法性は道義的責任の前提であるが、それだけではまだ刑事責任の根拠として十分でない。その評価を行為者に及ぼして、行為者がその行為をしたことを道義的に非難することができる¹とき、初めて刑事責任の十分な根拠となる。」このような説明は、まぎれもなく、客観主義・行為主義の立場に立つての説明であり、しかも、その特徴として、刑事責任の道義性の強調²、さらに一般化していえば、法と道徳の同一視がみられる点において、後期旧派に属するものといえる。そして、一般的理解としては、このような後期旧派は、新派刑法学と敵対するものとしてとらえられてきたわけであるが、小野博士が、「道義的責任は或る意味で社会的責任である。人倫的道義による客観的な責任である。それは人倫的、社会的な存在を基盤とする倫理的道義的責任として、いわゆる社会的責任論を深化したものとみい得るのである。」（傍点―引用者）といわれるとき、すでに、そこには、学派の対立を単なる「対立」にとどめないものがあつたといえよう。

さらに、小野博士は、人格責任論に対しても重要な見解を表明されている。以下に述べよう。まず、博士は、人格を定義して、「すでに行為体験又は行状によって形成されたものであり、いはばその見えない痕跡にすぎない⁴」とする。そして、それは、「仏教における『業』（Karma）の理論」が明らかにしていることであると述べられる。それでは、その「業」とは一体何であろうか。博士は、次のように説明される。「業とは行為であり、行動である。しかもそれは人間の性格を形成する最も重要な契機である。過去の業によって決定されつつ、現在の刹那刹那において自

己の業を決定するところに我々人間の現実的存在（実存）があるのである。」⁵と。ここにおいて、決定されつつ決定する、という考え方は、今日、多くの論者によって主張される相対的非決定論を理解する上において、きわめて重要な意義を有するとおもわれる。それでは、博士は、人格責任論をどのように解するのであろうか。博士は、従来の自己の立場を主張して、「刑法における責任は、その根本において倫理的、道義的な責任である。それ故にそれはあくまでも行為責任でなければならない。」とした後、「人格責任も、『行状』責任であるなら、やはり行為責任に帰著する。ただその人格的な形成、積集において責任を認めなければならないということである。」「しかし、刑法における責任は、第一次的に当の構成要件的な行為の責任であり、第二次的にその背景となつてゐる人間全体が顧慮さるべきである。」⁶と述べられている。このような考え方は、岡藤博士の人格形成責任論に重大な影響を与えたとおもわれるが、小野博士自身は、あくまで、刑法における責任を行為責任としてとらえ、人格責任は、行為責任のうち埋没してしまふこと、つまり、あらかじめ人格責任を問ふ必要のないことを表明したのである。しかしながら、行為における人格的要素の存在を論証した点において、「人格責任論への重要なモメントを含んでいた。」⁷と評価されよう。

わが国において最初に明確に人格責任論の考え方をとられたのは安平博士であるとおもわれる。まず、安平博士は、行為者人格を、法律哲学的に考察され、人の存在は、「人の世界に於ける歴史の過程に於て、自然的諸条件及び觀念的の諸指導原理に従ひつつも、絶えずこれらを弁証法的に克服し、価値の創造を目指して発展する文化の世界に属するもの。」⁹と定義される。そして、人が犯罪者となる理由を次のように述べられる。つまり、「秩序なるものは人類団体の生存条件であり、これなくしては団体の生存はもとより、その構成員なる自然人の発生自体さえも不可能なりしものである。」¹⁰が「故に人はまた文化担当の主体として一定の法律団体に於ける一肢体として現れ」¹¹るが、「合秩序的、合法的見地よりするならば一定の人格はそこに必然的に一定の心意的傾向——情操（Gesinnung）を形成する。」¹²とし

て、その情操とは、「我々の日常に於ける行為的存在がこれを産み来つたもの」¹³であるとされる。このようにして、「犯人即ち行為者人格とは」、「ただ法律情操への正常的なる自己決定に於て或は突如として、或は継続的に或は部分的に或は全体的に、一時これを拒否したる者、語を換へて云へば、法律情操への何等かの量、質に於ける頽落を示す者に外ならない。」¹⁴とされ、いわゆる情操頽落論を展開するのであるが、これに対しては、適切にも団藤博士が、「ヴォルフの見解をそのまま主張しておられる。」¹⁵とされる。ここにおいて、安平博士の情操頽落論は、ヴォルフに対するのと同様の批判、すなわち、単なる徴表主義に墮してしまふのではないかという批判にさらされることになるのである。

それでは、安平博士は、刑事責任をどのように把握するのであろうか。まず第一に、博士は、刑事責任は、あくまで「行為」を出発点とし、それを基礎において考えなければならないとする。¹⁶そして、それは、「依然」として『性格』それ自体を責任性の実体とするものではなく、責任性の重要な部分を、一定の行為を発端とし、該行為より推断される行為者の意思決定に際しての欠陥性』に注目の視界を向け、このような欠陥は帰するところ、当該行為者人格における欠陥性の表現として、その欠陥性の主体なる人格を非難する無価値性の存在裡に成立する』¹⁷と述べられる。このように、あくまで、行為を基礎とし、行為より推断される性格論的要素を責任判断の中にとりこもうとする点において、安平博士の所説は、メツガーの「性格論的責任論」に親近感をもつものといえようが、同時にメツガーに対する批判がここでもそのままあてはまるものとおもえる。

安平博士の所説は、以上のように、ヴォルフの情操頽落論とメツガーの性格論的責任論を基礎として展開されたものといえようが、次の言葉には、ポツケルマンの擬制論をおもわせるものがあることに注意すべきであろう。「違法行為を演じた個人の立場よりすれば、そのような所為は已むを得なかつたものであるにしても、人類共同体としての

国家社会の秩序維持の思想よりしては、かくの如きを容認することはできない。」¹⁸のであり、「かくかくの行為方向へと、みずからを決定すべきであった」のに、そうしなかつた点に責任非難があげせかけられる。¹⁸ここにおいてポツケルマンの擬制論との親近性は明らかであろう。¹⁹

次に、メツガーの行状責任論に従いつつ、単に責任と危険性の調和のみならず、旧派（後期）刑法理論と新派刑法理論との対立の止揚をもめざし、独自の見解（人格形成責任論²⁰）を展開した論者が団藤博士である。まず博士は、責任論の進むべき方向を、レンツの犯罪生物学とポツケルマンの批判をふまえたうえでのメツガーの行状責任論²¹にみる。そして、人格形成の主體的要素について、レンツの所説を考慮に入れながら、次のように述べられる。「人格をいわばその横断面において考察」すれば、「人格には現実的な面と潜在的な面とがみとめられる」が、「人格の潜在的なものにおける作用可能性が、人格の現実的な一定の作用へみちびく傾向をもつのである」²²。このように、「人格には現実的なならわれの根底に潜在的な体系があり、しかもそれは構造連関として考えられるのであるが、それは固定的なものではなく生々發展するものであり、形成されて行くものである」²³。ここで注意しなければならないことは、「生活経歴すなわち体験の集積が素質とあいまって人格を形成」し、それによって人格形成が大きな制約を受けてはいるが、「その際に人格の主體的活動が介入する」ということである。²⁴つまり、「人格はその形成過程において複雑に共働する素質・環境に制約されながらも、その主体性を保持する」²⁵（傍点——引用者）のである。そして、団藤博士は、結論において、「決定されながら決定するという態様における相対的意思自由をみとめないわけには行かない」²⁶とされるのである。

次に、博士は、「人格の現実化としての行為」の問題についてふれ、次のように述べられる。つまり、「犯罪は潜在体系としての人格の現実化であり」、「人格の潜在的体系が犯罪行為となって現実化するについては、そこに一つ

の飛躍ともいうべきものがある。」がそれは、「潜在的なものが自然にそのままに行為となって流露するというよりも、人格の主體的な態度がその現実化に際して重要な契機となる」ことを意味する⁽²⁷⁾。そして、人格責任論の根拠を、「人格の形成も、犯罪行為も、行為者の潜在的な人格体系の傾向に支配されながらも、その主體的活動がその際に働くものであること」に求められている⁽²⁸⁾。

以上のことを基礎として博士は、次のような提言を試みる。「われわれはまず第一次的に行為そのものに刑事責任の基礎をみとめなければならない⁽²⁹⁾」しかし、犯罪行為の背後には、潜在的な人格体系があり、それもまた「素質・環境の制約を受けながら主體的に形成されて来たもの」であり、それゆえ、行為責任の背後に人格形成責任も認められねばならない⁽³⁰⁾。そして、「行為責任も人格的な責任であるから、行為責任と人格形成責任とをあわせて人格責任とする⁽³¹⁾。このような提言に対し、第一に、「人格責任において、なにゆえに行為責任が第一次的にとり上げられる」のか？問題となるが、団藤博士は、それは、「犯罪行為が潜在的な人格体系の現実化であることによる。」つまり、「人格が直接に現実的に犯罪行為に露呈されている」からであるとするのである⁽³²⁾。第二に、何故に人格形成責任を認めるのか？問題となるが、団藤博士は、常習犯のばあいを単なる行為責任論では説明できないからとされ、さらに、「一般に法が『……しなければならぬ』または『……してはならない』という要求をするときは、それは直接には行為（作為または不作為）を要求するものであるが、同時に、かような行為の前提となるような人格形成をも要求するものと考えなければならない。」とされ、常習犯以外の場合も同様であるとされた⁽³⁴⁾。ちなみに、団藤博士は、メツガーの行状責任論の欠陥を補って、人格形成責任の根拠になるものを、「人格形成の基礎になった行状で、しかも非難に値するもの」に限定される⁽³³⁾。

ところで、このような博士の見解に対し、どのような批判が待ち構えているのであろうか。まず第一に、ここでも

メツガーに対すると同様の批判がなされるであろう。たしかに、博士は、メツガーにおける「行状」の不明確性を自覚し、「非難に値する」という基準を設定することによって、問題を解決しようとしたことは事実であるが、依然として、その不明確性の問題は払拭しえないものといえる。つまり、「非難に値する」行状と、そうでない行状とを区別することは、実証科学的にも、訴訟手続的にも困難といえるからである。³⁶ 第二の批判は、人格形成責任論が、行為主義、罪刑法定主義の原則に違反するのではないかということである。例えば、本村(亀)博士は、「もし行為責任と人格形成責任とを結合して人格責任を認めると、責任評価の対象の範囲においては行為責任よりも人格責任の方が広くなり、また、行為責任における行為の現実的意義は、人格責任においては人格形成責任を認める限度において稀薄なものと化することになるが、このことは、教授(団藤博士——引用者)が強調せられるところの行為責任の観念の『堅持』ということと矛盾するのではないか」とされ、また、木田教授は、「『行為意思』と、『人格形成意思』とは異なったものであり、もし『行為意思』をみとめるならば、『人格』と『行為』は、『行為意思』によって遮断されるのであり、『行為』は『人格』の直接的な現実化ではなくなる。犯罪が行為であり、行為にたいする責任が刑事責任である以上、そしてさらに『行為意思』をみとめる以上、刑事責任は『行為責任』に限定されるべきであり、第二次的なものに及ぶべきではない。それは、罪刑法定主義違反であるといわなければならないし、責任の拡大といわなければならない。」³⁸ とし、さらに、藤木博士は、「責任非難を過去の人格形成にさかのぼらせる、ということとは、実際上は、社会的弱者に対して不利益に作用する可能性があり、また、表面に現われた違法行為以上に、人間個人の生活領域に介入してゆくことは、刑法の謙抑主義の面からも疑問がある。」³⁹ として人格形成責任論の欠陥を指摘される。第三の批判は、大谷教授によるもので、「団藤理論は、本来、人格と行為との法則性・因果性を承認してのみなり立ちうる」⁴⁰ ものであるとする批判である。その批判の根拠として、教授は、もし意思の自由を無原因的に規定するとした

ら、「潜在的な人格体系と犯罪意思の決定とは、結合しようがなく、人格態度の現実化ということ自体、無意味に帰するからである。」⁴¹とされている。

これらの批判の評価についてはここでは一応おくとして、少なくとも、これらの批判が、責任と人格、行為責任と行為者責任の調和の困難性を示すものであることは明らかであろう。

わが国において人格責任論を主張する論者の多くが、メツガーの性格論的責任論あるいは行状責任論にその基礎をおいているように見える中で、ボツケルマンの生活決定責任論に賛意を表される論者として日沖博士がおられる。博士は、「行状責任なる表現は、メツガー自身も認めるように、まず第一段には行為者の前歴生活とこれに関連する責任を思い浮ばせ、従って、漸次的な心情頹落を想起せしめる嫌いがある。」⁴²とされ、メツガーの行状責任論に疑問を示される。そして、「突如の心情頹落が行為者たらしめる場合」⁴³があるとして、ボツケルマンの生活決定責任論の方が行為者責任を基礎付ける上で優れたものがあると主張される。その際、メツガーが突如の心情頹落も行状のうちにあるとすることに對しては、それは、「少なくとも用語の当を得たものではない。」⁴⁴と反論されている。

たしかに、メツガーの「行状」の概念には不明確なものがあり、それを批判した限りにおいて博士の説明には十分な説得力がある。しかしながら、ボツケルマンが、行状を誤った生活決定に限定してしまったことについても、そのみが行為者責任を基礎付けるのか、という批判が可能であり、この点についての博士の説明が不足していることには問題があるといわざるを得ないであろう。

〔注〕

(一) 小野清一郎「道義的責任論について」『刑罰の本質について・その他』(一九五五年)七五頁。

(2) この点について、木村(亀)博士は、「刑事責任に在っては、行為が、一定の行為者に帰属せしめられるといふ事実があれば足り、その行為者に窮極の原因として帰属せしめられるといふ、いはゆる従来の『道徳的帰属』の關係は必要でない。従つて、いはゆる道徳的責任論は、道徳的責任と刑事責任との本質的區別を看過した誤つた責任論である」とされる(木村亀：「刑事責任の本質」法哲学四季報二号二二頁)。

(3) 小野、同右八七頁。

(4) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(一九五三年)四八頁。

(5) 小野、同右四九頁。参照、小野清一郎「同種類の觀念的競合」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集』第二卷(一九四二年)三三九頁、同「フランス語刑法学における責任論(二、完)」ジュリスト二九九号五六頁。

(6) 小野、前掲(注(4))四九頁。同、前掲(注(1))一〇〇頁。

(7) 大谷、前掲書一九四頁。

(8) なお、小野博士とほぼ同様の見解をとる論者に久礼田博士がおられる(久礼田益喜『綜合主義の刑法理論』(一九七六年)二五九頁)。

(9) 安平政吉『人格主義の刑法理論』(一九三八年)四八一四九頁。

(10) 一(11) 安平、同右四九頁。

(12) 一(14) 安平、同右五〇頁。

(15) 団藤、前掲一一五頁。

(16) 安平政吉「刑法における人格と責任」日本法學三二卷二号二七頁。同『刑法理論の新展開』(一九六七年)一〇八頁。

(17) 安平、同右「刑法における人格と責任」二七一―二八頁。

(18) 安平、前掲『刑法理論の新展開』一一二頁。

(19) 安平博士の人格責任論には変遷が認められることに注意すべきである。

(20) 団藤博士の人格責任論に関する文献は多数あるが、ここでは、もっとも詳細に理論を展開している、前掲「人格責任の理論」を中心に検討する。

(21) 団藤、同右二〇九―二一〇頁。

- (22) 同右、一八頁。
- (23) 同右、一九頁。
- (24) 同右、一九―二〇頁。
- (25) 同右、二〇頁。
- (26) 同右、二二頁。なお、このような見解は、すでに小野博士においてもみられた。
- (27) 同右、二二頁。
- (28) 一(31) 同右、二三頁。
- (32) 同右、二五頁。
- (33) 団藤博士は、これを「現実説」であるとされるが、木田純一『戦後日本の刑法学』(一九七二年)六二頁は、それは、「『人格』という抽象的観念物が、『行為』という具体的現実において認識されるということになり、『人格』とは、もろもろの『行為』から推論される特定の人間の主体的特質ということになり、『性格』という概念と大差はなくなり、しかも、『徴表説』になる」とする。
- (34) 団藤、前掲二二六―二二八頁。
- (35) 同右、二九頁。
- (36) 佐伯、前掲(一)注(1)二二二頁、藤木英雄『刑法講義総論』(一九七五年)八四頁。
- (37) 木村亀二『犯罪論の新構造(上)』(一九六六年)三二〇頁。
- (38) 木田、前掲六二―六三頁。
- (39) 藤木、前掲八四頁。
- (40) 一(41) 大谷実『刑事責任の基礎』(一九六八年)二五頁。
- (42) 一(44) 日沖、前掲一八頁。

(五) 小括

本章における考察対象は極めて限定的な範囲にしばられた。たとえば、可罰的責任の問題や、実質的責任概念構築の

動向などは、さしあたり、次章以下の問題として、本章では、考察の対象外とした。また本章で直接対象とした人格責任論についても、考察の対象外とした重要な論者がいることを認めねばならない。ただ、それらは、本章の目的との関係で割愛せざるをえなかったにすぎない。それらは次章以下の実質的検討においてさらにとりあげる予定である。ここでは責任論の今後の動向をさぐることを目的としたのである。

責任の判断対象を行為にしぼるか、人格にまで何らかの形で拡大させるかという、人格責任論の問題は、単に判断対象のみの問題ではなく、責任概念の中に実質的にどのような内容をもりこむかという問題にもつながるものである。人格責任論の理論的困難性は、右の問題にも反映しているのではないかとおもわれる。責任概念にどのような内容を盛り込むにせよ、不当な応報主義や過度の犯罪防止目的を抑制することに第一義的意味が付与されねばならないであろう。近代刑法学が成立した時期に「責任」がどのような役割を果していたのかをもう一度想起する必要がある。「国家」というものの性格・機能が、当時と比べて一体どれほど「進化」しているかをさらに確認する必要がある。